

Die Demontage des Öffentlichen Rechts

Professor Dr. Peter M. Huber, München

Die Zeitenwende 1989/90, die damit einhergehende Beschleunigung der Globalisierung und die weit reichende, oftmals unionsrechtlich induzierte Privatisierung haben – das ist ein Gemeinplatz – einen Struktur- und Funktionswandel des Staates und seines Rechts bewirkt,¹ der unter organisatorisch-strukturellem Blickwinkel in der Schaffung immer neuer „Trabanten“ der Verwaltung und in einem immer komplexeren Zusammenspiel staatlicher und privater Akteure ebenso zum Ausdruck kommt wie in dem flächendeckenden Übergang von der staatlichen Erfüllungs- zur Gewährleistungsverantwortung.²

Diese Entwicklung ist wie ein Tsunami über das Öffentliche Recht hereingebrochen, der seinen Scheitelpunkt mittlerweile wohl hinter sich haben dürfte. Öffnet man die Augen, so ergibt sich zwar vielleicht kein Bild der Verwüstung; schwere Schäden aber sind durchaus zu vermelden: Die ordnungsstiftende und disziplinierende Kraft der Öffentlichen Rechts, seine Funktion, staatliches Handeln im Interesse der Freiheit und Selbstbestimmung der Bürger zu diagnostizieren und besonderen Rechtfertigungsbedürfnissen zu unterwerfen, ist in weiten Bereichen verloren gegangen. Der Staat, immer noch Leviathan und keineswegs nur „nützliches Haustier“,³

¹ Zur Ausgangslage R. Stober, Rechtsstaatliche Übersteuerung. Der Rechtsstaat in der Rechtsetzungsfalle, in: Stern (Hrsg.), Vier Jahre Deutsche Einheit, 1995, S. 65

² A. Voßkuhle, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S.266 (285 mit Fn.65); zum Energierecht Chr. Walter, Gewährleistungs- und Erfüllungsverantwortung auf globalen Energiemärkten – Brauchen wir eine „Rohstoffbeschaffungsverantwortung“?, in: Leible/Lippert/ders. (Hg), Die Sicherung der Energieversorgung auf globalisierten Märkten, 2007, S. 47 ff.

³ So der einprägsame Beitrag von H. Schulze-Fielitz, Der Leviathan auf dem Weg zum nützlichen Haustier?, in: Voigt (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat, 1993, S. 95.

lässt sich mit dem Öffentlichen Recht immer weniger disziplinieren. Die Unterscheidung von Staat und Gesellschaft ist in den Hintergrund getreten und hat – mit höchstlicherlichem Segen – einer allgemeinen Verwirrung das Feld bereitet, auf dem technokratische Eliten, mit der Politik verflochtene Manager und beflissene Juristen den Einzelnen um die zivilisatorischen Errungenschaften von Aufklärung, Demokratie und Rechtsstaat zu bringen und zum unselbständigen und wehrlosen Rädchen in den Subsystemen der Gesellschaft zu degradieren drohen.

Das lässt sich – um nur einige Beispiele herauszugreifen – an der mit der Privatisierung verbundenen „Flucht ins Privatrecht“ ebenso festmachen (I.) wie an den Schwierigkeiten, das Regulierungsverwaltungsrecht rechtsstaatlich zu bewältigen (II.), an der funktionalistischen Interpretation der Wettbewerbsfreiheit durch das BVerfG (III.) oder an seiner jüngeren Rechtsprechung zur Rechtsschutzgarantie (IV.). Insoweit ist es Zeit für eine Besinnung auf die Grundaxiome des Öffentlichen Rechts und eine gewisse Rekonstruktion (V.).

I. Organisationsprivatisierung und „Flucht ins Privatrecht“

Es gehört eigentlich zum öffentlichrechtlichen *cantus firmus*, dass die Organisationsprivatisierung, also der bloße Wechsel der Handlungsform, kein Grund dafür sein kann, die öffentlichrechtlichen Bindungen des Staates zu reduzieren. Eine „Flucht ins Privatrecht“, vor der Fritz Fleiner schon in der Weimarer Republik warnte,⁴ ist unzulässig. Das leuchtet auch unmittelbar ein: Wenn der Staat aufgrund seiner Formenwahlfreiheit beliebig darüber entscheiden kann, welcher Handlungsformen er sich bedient, kann er damit auch nicht die rechtlichen Bindungen abstreifen, die ihm Dritten gegenüber auferlegt sind.

⁴ F. Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl., 1928, S. 326.

Genau dies ist jedoch gängige Staatspraxis. So haben BVerwG⁵ wie BVerfG⁶ der im alleinigen bzw. mehrheitlichen Eigentum des Bundes stehenden Deutschen Telekom AG die Grundsrechtsfähigkeit (Art. 19 Abs. 3 GG) zugesprochen, weil sie Art. 87f GG und das Errichtungsgesetz auf eine privatwirtschaftliche Erbringung festlegten.⁷

Die Konsequenzen sind gravierend. Denn das Unternehmen, Öffentlichkeit und Politik verloren schnell das Gespür für irgendwie geartete Gemeinwohlbindungen,⁸ und für die Deutsche Post AG und die Deutsche Bahn AG lässt sich Vergleichbares beobachten. Da die ehemaligen Sondervermögen ungeachtet ihrer fortdauernden unmittelbaren oder mittelbaren Beherrschung durch den Bund wie Privatunternehmen behandelt werden, versuchen etwa sowohl Deutsche Telekom AG als auch die Deutsche Bahn AG den Einstieg ins Fernsehgeschäft – die Deutsche Telekom AG mit einer Plattform und Beteiligungen,⁹ die Deutsche Bahn AG mit dem frei empfangbaren Programm „Bahn TV“.¹⁰ Die richtige Einsicht des 1. Fernsehurteils, das das Gebot der Staatsferne auch mit Blick auf die seinerzeit geplante Deutschland Fernsehen GmbH entwickelt hatte,¹¹ wirkt da wie eine Botschaft aus längst versunkenen Zeiten. Sie ist den Unternehmen heute ebenso wenig zu vermitteln wie der Politik.

Die – für den Bürger schmerzliche – Flucht ins Privatrecht betrifft freilich auch die Energieversorgung. Zumindest EnBW wird nach wie vor durch (kommunale) Träger öffentlicher Gewalt beherrscht, und für die meisten in

⁵ BVerwGE 114, 160/189; 118, 352/329; BVerwG, NVwZ 2004, 742 f.

⁶ BVerfGE 115, 205/227 f., mit der Begründung ein beherrschender Einfluss des Bundes sei nicht geltend gemacht worden. Siehe aber KEK, Neunter Jahresbericht, 2006, S. 43.

⁷ So freilich auch eine Reihe von Stimmen im Schrifttum, siehe etwa M. Lang, Die Grundrechtsberechtigung der Nachfolgeunternehmen im Eisenbahn-, Post- und Telekommunikationswesen, NJW 2004, 3601 ff. m. w. N.

⁸ Siehe FAZ vom 14. 1. 2008 Nr. 11 S. 17: „Die Telekom wehrt sich gegen weitere Regulierung“.

⁹ Siehe etwa KEK, Zehnter Jahresbericht, 2007, S. 303 f.; KEK 319/ 321 – Deluxe.

¹⁰ KEK, Zehnter Jahresbericht, S. 303.

¹¹ BVerfGE 12, 205/259; 31, 314/325; 57, 295/319; 73, 118/152; 83, 238/308.

der Form von GmbHs betriebenen Stadtwerke gilt dies erst recht. Dass diese Akteure an der Preisschraube bei der Strom- und Gasversorgung mitdrehen können und mitunter frivole Gewinne einstreichen, hat – ganz unabhängig von den Vorgaben des Regulierungsrechts – natürlich auch damit zu tun, dass bei den kommunalen Vertretern in den Gremien wie auch in den Rechtsaufsichtsbehörden das Bewusstsein dafür abhanden gekommen ist, dass die öffentlichrechtlichen Gebührengrundsätze der Kostendeckung und der Äquivalenz rechtsstaatliche Konkretisierungen darstellen, denen sich ein Träger öffentlicher Gewalt nicht allein durch einen Wechsel der Handlungsform entziehen kann.¹² Besäße das Öffentliche Recht noch ausreichende Steuerungskraft, müssten die Strom- und Gaspreise dieser Unternehmen deutlich unter dem aktuellen Preisniveau liegen; davon kann jedoch keine Rede sein.

Auch der von der EU-Kommission wie der Bundesregierung (teilweise) erwogenen Entflechtung von Netz und Versorgung stehen öffentlich beherrschte Unternehmen mangels Grundrechtsfähigkeit weitgehend schutzlos gegenüber. Das ist auch richtig, denn insoweit geht es in erster Linie um Fragen der zweckmäßigen Verwaltungsorganisation und der Effektivität öffentlicher Zielerreichung.

II. Mehrdimensionalität des Regulierungsverwaltungsrechts

Im Zuge der Privatisierungen hat sich ein Verwaltungstypus in den Vordergrund geschoben, der vielfach als etwas Neues betrachtet wird: die Regulierung.¹³ Hier gerät die Steuerungskraft des Öffentlichen Rechts gleichsam

¹² BerIVerfGH, NVwZ 2000, 794 ff.; ThürOVG, ThürVBl. 2007, 141

¹³ Chr. Berringer, Regulierung als Erscheinungsform der Wirtschaftsaufsicht, 2004, S. 81 ff.; Th. v. Danwitz, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, 977 ff.; M. Bullinger, Regulierung als modernes Instrument zur Ordnung liberalisierter Wirtschaftszweige, DVBl 2003, 1355 ff.; J. Masing, Grundstrukturen eines Regulierungsverwaltungsrechts – Regulierung netzbezogener Märkte am Beispiel Bahn,

von der anderen Seite unter Druck, weil rechtsstaatliche Anforderungen nicht immer ausreichend beachtet werden.¹⁴

Aufgabe der Regulierungsverwaltung ist es, Wettbewerb auf einem (noch nicht funktionierenden) Markt herzustellen und zu fördern, Interessenten einen effektiven und diskriminierungsfreien Zugang zum Markt (Netz) zu ermöglichen sowie ein Angebot flächendeckend bereitzustellender angemessener und ausreichender Dienstleistungen zu gewährleisten.¹⁵ Kennzeichen des Regulierungsverwaltungsrechts sind dabei bereichsbezogene Ungewissheitsbedingungen sowie besondere Gestaltungsbefugnisse der zuständigen (Regulierungs-)Behörden, ihre tendenzielle Verselbständigung¹⁶ und die Indienstnahme der Betroffenen bzw. ihrer Handlungsrationalitäten

Post, Telekommunikation und Strom, Die Verwaltung 36 (2003), 1 ff.; ders., in: Bauer/Huber/Niewiadomski (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, 2002, S. 161 ff.; M. Ruffert, Regulierung im System des Verwaltungsrechts – Grundstrukturen eines Privatisierungsfolgenrechts der Post und Telekommunikation, *AöR* 124 (1999), 237 ff.; R. Ruge, Die Gewährleistungsverantwortung des Staates und der Regulatory State, 2004, S. 32 ff.; R. Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 15. Aufl. 2006, § 29 I 2.

¹⁴ Siehe etwa Th. v. Danwitz, Was eigentlich ist Regulierung?, *DÖV* 2004, 977 (984) „Dennoch hat sich die Diskussion um das Wesen der Regulierung als eine lehrreiche Gelegenheit erwiesen, um über die Suggestionskraft innovativer Begrifflichkeiten nachzudenken, die ebenso sympathisch wie unbestimmt daher kommen und von ihren Protagonisten zur Umgestaltung der gesetzlichen Grundlagen eingesetzt werden.“ Ferner J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, *Gutachten D für den 66. DJT*, 2006, D 9 ff.

¹⁵ M. Eifert, in Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Vosskuhle, *GVwR I*, 2007, § 19 Rn. 5; P. Badura, Wettbewerbsaufsicht und Infrastrukturgewährleistung durch Regulierung im Bereich von Post und Telekommunikation, *FS Großfeld*, 1999, S. 35/41 f.; P. Badura/ P. M. Huber, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2005, 3. Kap. Rdnr. 80; G. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998; J. Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? *D* 54; H. H. Trute, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, *FS für Brohm*, 2002, S. 169/171. Ob die Gewährleistung des normativ vorgegebenen Versorgungsniveaus auch Bestandteil der Regulierung ist oder nicht eine eigenständige „Gewährleistungsaufgabe“ darstellt, ist allerdings umstritten; dagegen H. Chr. Röhl, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, *JZ* 2006, 831/832 f.; Chr. Walter, Gewährleistungs- und Erfüllungsverantwortung auf globalen Energiemärkten – Brauchen wir eine „Rohstoffbeschaffungsverantwortung“? *S.* 47/54 f.

¹⁶ Chr. Pielow, Wie „unabhängig“ ist die Netzregulierung im Strom- und Gassektor?, *DÖV* 2005, 1017 ff.

für die gesetzlichen Regulierungsziele (z. B. § 2 Abs.2 TKG).¹⁷ Maßgebliche Adressaten der Regulierung sind vor allem öffentlich beherrschte Unternehmen (Deutsche Telekom AG, Deutsche Post AG, Deutsche Bahn AG, EnBW etc.), die nicht nur Dienstleistungen am Markt, unionsrechtlich gesprochen, Dienstleistungen von allgemeiner wirtschaftlicher Bedeutung (Art. 86 Abs. 2, Art. 16 EG), erbringen, sondern die i. d. R. auch dem Gemeinwohl verpflichtet sind.

Der Rückgriff auf den aus dem amerikanischen Verwaltungsrecht - diesem ist die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Recht bekanntlich nicht in einer vergleichbaren Weise geläufig – stammenden, vom Unionsrecht rezipierten Begriff der „Regulierung“¹⁸ verstellt dabei mitunter den Blick dafür, dass Regulierungsverwaltung dort, wo Private ihre Adressaten sind, Eingriffsverwaltung ist.¹⁹ Hier geht es der Sache nach um die Durchsetzung einseitig getroffener staatlicher Gemeinwohlkonkretisierungen gegenüber typischerweise der gesellschaftlichen Sphäre zuzuordnenden und insoweit grundrechtsberechtigten Unternehmen, mit der Folge dass die rechtsstaatlichen Garantiefunktionen des Verwaltungsrechts auch auf das Regulierungsverwaltungsrecht anwendbar sind.²⁰ Dies wird durch die Besonderheiten der Regulierungsverwaltung nicht in Frage gestellt. Die Ermessens- und Gestaltungsspielräume der Regulierungsbehörden fallen nicht aus dem Rahmen: auch die – durch den Vorsorgegedanken bedingte – offene Programmierung verwaltungsrechtlicher Überwachungsmaßstäbe und die (potentielle) Multipolarität verwaltungsrechtlicher Überwachungs-

¹⁷ Vgl. R. Stober, Telekommunikation zwischen öffentlich-rechtlicher Steuerung und privatwirtschaftlicher Verantwortung, DÖV 2004, 221 ff.; H. H. Trute, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 169 (172, 177 ff.).

¹⁸ H. H. Trute, Regulierung – am Beispiel des Telekommunikationsrechts, S. 169 (170 f.).

¹⁹ Zu den Gefahren einer Verwaltungsrechtsdogmatik, die diesen Ausgangspunkt aus den Augen verliert jüngst R. Schröder, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, 2007, S. 325 ff.

²⁰ U. Büdenbender, DVBl 2006, 197 (198); P. M. Huber / St. Storr, Der Transportkunde als Schlüsselfigur des regulierten Netzzugangs auf dem Gasmarkt, RdE 2007, 1 (5); Johannes Masing, Gutachten D 66. DJT, D 157 f., mit Betonung der besonderen Eingriffsintensität; relativierend BVerwGE 114, 160/192 f.

rechtsverhältnisse²¹ eröffnen der Verwaltung nicht unerhebliche Spielräume. Tendenzen zur institutionellen Verselbständigung finden sich zudem auch in anderen Bereichen – bei der Medienüberwachung²² oder im Kartellrecht.²³ Die Regulierung unterscheidet sich von anderen Verwaltungsaufgaben daher möglicherweise in Zielsetzung und Methoden, nicht jedoch in ihrer Grundanlage und in den rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen an ihre Erledigung.

III. Staatliche Interventionen in den Wettbewerb

Für die hier diagnostizierte Demontage des Öffentlichen Rechts zeichnet auch die (neuere) Rechtsprechung des BVerfG zur Wettbewerbsfreiheit verantwortlich, die insoweit zu einer eher funktionalen Bestimmung des Schutzbereichs neigt. Danach sichert Art. 12 Abs. 1 GG, wie es in dem insoweit als Leitentscheidung dienenden Glykol-Beschluss heißt, (nur) „die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen“:

„Erfolgt die unternehmerische Berufstätigkeit am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs, wird die Reichweite des Freiheitschutzes auch durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Art. 12 Abs. 1 GG sichert in diesem Rahmen die Teilhabe am Wettbewerb nach Maßgabe seiner Funktionsbedingungen. Die grundrechtliche Gewährleistung umfasst dementsprechend nicht einen Schutz vor Einflüssen auf die wettbewerbsbestimmenden Faktoren. Insbesondere umfasst das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb und auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (...). Vielmehr unterliegen die Wettbewerbsposition und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen“.²⁴

²¹ Zum Begriff des multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnisses, P. M. Huber, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Auflage 1997, S.21.

²² § 35 Abs. 6 Satz 1 RStV. Grund ist insoweit die Staatsferne der Medienüberwachung

²³ § 51 Abs. 2 Satz 1 GWB; V. Emmerich, Kartellrecht, 10. Aufl. 2006, § 41 II 1; § 31 S. 489 f., G. v. Wallenberg, Kartellrecht, 2. Aufl., 2002, Rn. 440.

²⁴ BVerfGE 105, 252/265 – Glykol; H. D. Jarass, in: Jarass / Pieroth, GG, Art. 12 Rdnr. 15.

Diese Schutzbereichsbestimmung wird von der überwiegenden Auffassung im Schrifttum abgelehnt – zu Recht. Zwar trifft es zu, dass Art. 12 Abs. 1 GG „Erfolg im Wettbewerb“ nicht garantiert. Das findet seinen Grund jedoch in dem Umstand, dass im Wettbewerb - auf der Basis multipolarer Rechtsverhältnisse - grundrechtlich geschützte Interessen unterschiedlicher Teilnehmer zusammentreffen – der Konkurrenten, der Verbraucher etc.²⁵ Da diese – häufig ebenfalls durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten – Interessen mit den auf eine Optimierung der eigenen Wettbewerbsposition drängenden Interessen des Betroffenen kollidieren, bedarf es eines schonenden Ausgleichs, der einen partikularen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb ausschließt.²⁶

Anders als im Unionsrecht (Art. 14 EG) werden der Wettbewerb und seine Funktionsfähigkeit jedoch nicht über Art. 12 GG geschützt. Daher kann dem Grundrecht auch keine institutionelle Garantie des Wettbewerbs und seiner Funktionsbedingungen entnommen werden.²⁷ Maßgebliches Schutzgut des Art. 12 GG ist vielmehr die Wettbewerbsfreiheit des Einzelnen.²⁸ Die einzelnen Wettbewerber haben damit zwar keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben.²⁹ Gesetzliche und administrative Rahmensetzungen des Marktes sind jedoch dann am Maßstab des Art. 12 GG zu messen, wenn sie die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen begrenzen und insoweit „berufsregelnde Tendenz“ besitzen.³⁰

Angesichts der dem Grundgesetz zugrunde bzw. voraus liegenden Unterscheidung von Staat und Gesellschaft macht es für die grundrechtliche Beurteilung daher einen kategorialen Unterschied, ob eine Veränderung der

²⁵ BVerwGE 118, 270/276; H. D. Jarass, in: Jarass / Pieroth, GG, Art. 12 Rdnr. 15.

²⁶ BVerfGE 24, 236/251; 34, 252/256; 116, 135/152; H. D. Jarass, in: Jarass / Pieroth, GG, Art. 12 Rdnr. 15.

²⁷ P. M. Huber, Die Informationstätigkeit der öffentlichen Hand – ein grundrechtliches Sonderregime aus Karlsruhe?, JZ 2003, 290/292.

²⁸ P. M. Huber, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, in: FS Badura, 2004, S. 897/913.

²⁹ BVerfGE 106, 275/299 – „Festbetrag“.

³⁰ BVerfGE 106, 275/299 – „Festbetrag“.

Wettbewerbsverhältnisse durch das gleichermaßen grundrechtlich geschützte Verhalten privater Konkurrenten erfolgt oder durch eine Intervention des in seinem gesamten Verhalten rechtfertigungspflichtigen Staates. Über die berufliche Betätigung hinaus schützt die Wettbewerbsfreiheit auch die Freiheit vor staatlicher Behinderung oder Verzerrung des Wettbewerbs, im Sinne einer Freiheit, sich ohne staatliche Ingerenz im Wettbewerb durchsetzen zu können.³¹ Sie umfasst damit auch das Interesse, durch die Staatsgewalt nicht mit einem Wettbewerbsnachteil belastet zu werden, der in der verfassungsmäßigen Ordnung nicht begründet ist.³² Im bipolaren Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat schützt Art. 12 Abs. 1 GG deshalb durchaus davor, dass die Wettbewerbsstellung des Einzelnen durch staatliche Interventionen beeinträchtigt wird.³³

Staatliche Interventionen sind grundsätzlich rechtfertigungsbedürftige Beeinträchtigungen grundrechtlich geschützter Interessen und dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht von vornherein entzogen.³⁴ Da der Staat und seine Trabanten nicht Grundrechtsträger, sondern Grundrechtsverpflichtete sind, das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) für sie somit nicht gilt, stellen ihre Interventionen in den Wettbewerb sei es im Wege der Informationstätigkeit, sei es durch konkurrenzwirtschaftliche Betätigung – nicht „lediglich eine systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks“ dar,³⁵ sondern eine potentiell grundrechtsbeschränkende und rechtfertigungsbedürftige Maßnahme.

³¹ P. M. Huber, Die unternehmerische Betätigung der öffentlichen Hand, S. 897/916; Th. Puhl, Der Staats als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 456/481.

³² BVerwGE 71, 183/190.

³³ BVerfGE 86, 28/37, ein Grundrechtseingriff liegt vor, wenn „...durch staatliche Maßnahmen der Wettbewerb beeinträchtigt und die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit dadurch behindert wird“; P. M. Huber, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 322 m.w.N.; H. D. Jarass, in: Jarass / Pieroth, GG, 6. Aufl., 2002, Art. 12 Rdnr. 15; U. Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, S. 198 f.

³⁴ BVerfGE 86, 28/37.

³⁵ So aber BVerwGE 71, 183/193.

Ohne die Besinnung auf die Rolle der Grundrechte als im Status negativus angesiedelte Abwehrrechte bliebe dagegen jede staatliche Intervention ungebündelt. Die richtige und erlösende Einsicht der jüngeren berufsrechtlichen Rechtsprechung,³⁶ dass der Schutz der Berufsfreiheit nicht durch eine voreilige Beschränkung auf der Schutzbereichsebene relativiert werden darf, weil dies eine Grundrechtsgeltung nach Maßgabe des Gesetzes zur Folge hätte, diese Einsicht gilt auch bei Eingriffen in den Wettbewerb, will man eine Grundrechtsgeltung nach Maßgabe der Erfordernisse von Staatsleitung und Staatsraison vermeiden.

IV. Die Erosion der Rechtsschutzgarantie

„Schlussstein“ im Gewölbe des Rechtsstaates ist die Garantie effektiven Rechtsschutzes nach Art. 19 Abs. 4 GG. Sie sichert jedem, der durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird, den Zugang zu Gericht. Angesichts der Generalklausel des § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO ist dies i. d. R. die Verwaltungsgerichtsbarkeit.

Freilich kann der Richter, so fern dies dem individuellen Selbstverständnis auch liegen mag, nicht nur Garant, sondern auch Gefahr für die Freiheit und Gleichheit des Einzelnen sein. Wenn er Haftbefehle und Durchsuchungsbeschlüsse erlässt, rechtliches Gehör verweigert oder die Sitzungspolizei fehlerhaft ausübt, unterscheidet er sich sub specie Art. 1 Abs. 3 GG kaum von der Verwaltung.

Weil das so ist, hat das BVerfG vor einiger Zeit zu Recht von der These Abstand genommen, das Grundgesetz garantiere nur den Rechtsschutz durch den Richter, nicht gegen den Richter, und hat jedenfalls bei der Verletzung

³⁶ BVerfGE 102, 197 ff. – Spielbanken Baden-Württemberg; BVerwGE 96, 302 ff. – Spielbank Lindau.

von Verfahrensrechten auf einen begrenzten Anspruch auf Rechtsschutz auch gegen den Richter erkannt. Überraschenderweise hat es dieses Gebot im Beschluss vom 30. April 2003³⁷ – im konkreten Fall ging es um die Verletzung von Art. 103 Abs.1 GG durch ein Zivilgericht – jedoch nicht Art. 19 Abs.4 GG entnommen, sondern dem allgemeinen Justizgewährungsanspruch aus Art. 20 Abs.3 GG:

„Wird Art. 19 Abs.4 GG einengend dahin ausgelegt, dass er den Rechtsschutz gegen richterliche Akte nicht umfasst, verbleibt dort ein Rechtsschutzdefizit, das aber durch den allgemeinen Justizgewährungsanspruch behoben wird“.

Eine insgesamt wenig überzeugende Begründung, für die das Gericht jenseits der traditionell engen Interpretation von Art. 19 Abs.4 keine Gründe anzuführen vermochte.³⁸ Die in der Sache auch vom BVerfG geteilten Gründe und vor allem Wortlaut und Funktion der Rechtsschutzgarantie geböten es vielmehr, diese auch auf den Richter zu erstrecken³⁹ und für alle Fälle, in denen die (Ausgangs-)Rechtsverletzung vom Richter herrührt, ein zweistufiges gerichtliches Verfahren zu eröffnen, in dem eine effektive Kontrolle der richterlichen Ausgangsentscheidung stattfinden kann.⁴⁰ Über dessen Ausgestaltung im Einzelnen entscheidet natürlich der Gesetzgeber, der dabei einen weiten Gestaltungsspielraum besitzt.⁴¹ Die Garantie eines Instanzenzuges oder gar ein Rechtsschutz ad infinitum ist damit nicht verbunden, da der Gesetzgeber dem Grundsatz der Rechtssicherheit durchaus Vorrang vor einer Optimierung der Rechtsschutzmöglichkeiten einräumen kann.⁴²

Noch verheerender auf die Konsistenz und Steuerungsfähigkeit des Öffentlichen Rechts wirkt sich allerdings der Beschluss des Ersten Senats zum

³⁷ BVerfGE 107, 395 ff. – Rechtsschutz gegen den Richter I; 108, 341/347 ff. – Rechtsschutz gegen den Richter II.

³⁸ Ähnlich O. Dörr, Jura 2004, 334/337 ff.

³⁹ Überzeugend A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter, S. 255 ff.

⁴⁰ BVerfGE 107, 395/407, 410 ff. – Rechtsschutz gegen den Richter I.

⁴¹ Siehe § 321a ZPO – Gehörsrüge, § 152a VwGO; Gesetz über die Rechtsbehelfe bei Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Anhörungs-rügensgesetz) vom 9. Dezember 2004, BGBl. I 3220.

⁴² BVerfGE 54, 277/291; 107, 395/402; 108, 341/348.

unterschwelligem Vergaberecht vom 13. Juni 2006 aus.⁴³ Dort ist allen Ernstes davon die Rede, dass nicht jedes staatliche Handeln die Eröffnung der Rechtsschutzgarantie nach sich ziehe:

„Ziel der Normierung der besonderen Rechtsschutzgarantie in Art. 19 Abs. 4 GG war aufgrund historischer Erfahrungen der Schutz vor dem Risiko der Missachtung des Rechts durch ein Handeln der dem Bürger übergeordneten und gegebenenfalls mit den Mitteln des Zwangs arbeitenden Exekutive (...). Das Grundrecht soll Rechtsschutz dort gewährleisten, wo der Einzelne sich zu dem Träger staatlicher Gewalt in einem Verhältnis typischer Abhängigkeit und Unterordnung befindet. Insoweit bedingen die damit verbundenen Einwirkungsmöglichkeiten des Staates ein besonderes Bedürfnis des Einzelnen nach gerichtlichem Schutz, der die Abwehr einer Beeinträchtigung ermöglicht“.⁴⁴

Vergabestellen seien jedoch keine Träger öffentlicher Gewalt, weil der Staat hier nicht auf seine „übergeordnete öffentliche Rechtsmacht“⁴⁵ zurückgreife.

Sieht man einmal von den problematischen Konnotationen der Entscheidung ab – wer die „Unterordnung“ des Bürgers unter den Staat propagiert und damit Assoziationen an den „Unterthanen“ der Kaiserzeit weckt, kann es sich auch sparen, den Einzelnen „groß“ zu schreiben – so bleibt aus grundrechtsdogmatischer und öffentlichrechtlicher Sicht doch vor allem Verwirrung: Um nur einige wenige Punkte herauszugreifen: so bejaht das Gericht etwa eine Bindung der Verwaltung auch im unterschwelligen Vergaberecht an Art. 3 Abs. 1 GG,⁴⁶ bei dessen Verletzung die Rechtsschutzgarantie aber nicht eingreifen soll. Ist Art. 3 Abs. 1 GG denn ein Grundrecht von mindermem Wert? Ist es nicht auch Abwehrrecht des Bürgers gegen den Staat, wenn auch mit einem relativen und präformierten Schutzbereich? Zielen Grundrechte nicht in erster Linie auf die Integrität der durch sie geschützten Interessen, so dass der im Anwendungsbereich von Art. 14 Abs. 1 GG anerkannte Vorrang des Primärrechtsschutzes nicht auch hier Geltung

⁴³ BVerfGE 116, 135 ff.

⁴⁴ BVerfGE 116, 135/149.

⁴⁵ BVerfGE 116, 135/150.

⁴⁶ BVerfGE 116, 135/153 ff.

beanspruchen müßte?⁴⁷ Weist nicht auch Art. 41 EMRK als gemeineuropäischer Rechtsgrundsatz in diese Richtung? Gilt im Vergaberecht nun wieder „dulde und liquidiere“? Zudem passen die Aussagen mit der beinahe zeitgleich ergangenen Entscheidung zur Tariftreueerklärung nur schwer zusammen.⁴⁸ Dort mutiert die Verwaltung wegen der Verwendung von Tariftreueklauseln (zu Recht) wieder zum Träger öffentlicher Gewalt, der sogar in die Berufsfreiheit eingreifen kann.⁴⁹ Effektiver Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG wird hier dennoch nicht erwogen; auch hier soll der unterlegene Bieter auf Schadensersatzansprüche beschränkt bleiben. Welchen Maßstäben dies alles folgt, bleibt unklar – eine fatale Konsequenz für die Steuerungskraft des Öffentlichen Rechts.

V. Zur notwendigen Rekonstruktion des Öffentlichen Rechts

Seit 1989/90 haben das Öffentliche Recht und seine Steuerungskraft offenkundig an Klarheit und Durchsetzungskraft verloren. Europäisierung und Internationalisierung haben diese Entwicklung zusätzlich ebenso verstärkt wie ein kontinuierlicher Terrainverlust zugunsten der Nachbardisziplinen – der Ökonomie, der Politik- und der Sozialwissenschaft, denen die Sensibilität für die besonderen Funktionsbedingungen und Risiken staatlichen Handelns naturgemäß abgeht.

An dieser Demontage sind die Vertreter des Öffentlichen Rechts freilich nicht ganz unschuldig. Lange Zeit erschöpften sie sich in der immer weiteren Verfeinerung seiner rechtsstaatlichen, freiheitssichernden und staatliche Aktivitäten begrenzenden, auf den Rechtsschutz hin ausgerichteten Parameter. Erst in jüngerer Zeit – in einer gewissen Parallele zur ebenfalls

⁴⁷ W. Höfling, Primär- und Sekundärrechtsschutz im Öffentlichen Recht, VVDStRL 61 (2002), 260/272 ff.

⁴⁸ BVerfGE 116, 202 ff.

⁴⁹ BVerfGE 116, 202/221 f.

verspäteten „Entdeckung“ des Demokratieprinzips⁵⁰ – wird auch die Frage gestellt, wie sich die mit dem Recht verbundenen Steuerungsziele auch unter den Bedingungen einer kaum mehr überschaubaren Verantwortungsdiversifizierung⁵¹ zwischen unterschiedlichen politischen Ebenen und in der Dichotomie von Staat und Gesellschaft erreichen lassen. Dabei werden die höchst komplexen Realbefunde, organisationssoziologische, entscheidungstheoretische und politikwissenschaftliche Einsichten – wie auch die hier geschilderten Beispiele zeigen – allerdings häufig nach Art einer wirklichkeitswissenschaftlichen Betrachtung zum Nennwert genommen und die Rechtsauslegung und –anwendung fälschlicherweise daran ausgerichtet.

Hier beginnt jedoch erst die eigentliche Aufgabe des Öffentlichen Rechts. Realbefunde und Einsichten der Nachbardisziplinen müssen an die normativen Steuerungsvorgaben angebunden und in rechtlich belastbare, abstraktions- und typisierungsfähige Handlungsformen, Institute und Verfahren umgesetzt werden. Dem Wesen des Rechts entsprechend muss dabei in Abgrenzungen, nicht in Übergängen gedacht und das diversifizierte Handeln unter dem spezifisch juristischen Code von „Recht - Unrecht“ domestiziert werden. Von der Dichotomie von Staat und Gesellschaft ausgehend gilt es alles dem Staat zurechenbare Handeln als kompetenzgebundenes und rechtfertigungsbedürftiges Handeln zu erkennen und dafür zu sorgen, dass es gegenüber dem Bürger effektiv verantwortet werden kann.

Nur dann lassen sich die „Flucht ins Privatrecht“ bremsen, eine überbordende Regulierungsverwaltung eindämmen, präzeptorales und unternehmerisches Staatshandeln rationalisieren und einer am Integritätsinteresse ausgerichteten richterlichen Kontrolle unterwerfen. Das wird nicht allen Akteuren schmecken, schafft für den Bürger jedoch Rechtssicherheit,

⁵⁰ H. Bauer/P. M. Huber/K. -P. Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, m. w. N.

⁵¹ Zum Begriff P. M. Huber, Die entfesselte Verwaltung, StWiss 8 (1997), 423/430 ff.

Transparenz und Freiheit. Nur so kann das Öffentliche Recht seine Steuerungskraft zurückgewinnen!